

Princípio da solidariedade e princípio da igualdade na defesa do consumidor

Principles of Solidarity and Equality Aimed at Consumer Protection

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy

Professora do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: malamy@bol.com.br

Resumo: A proteção ao consumidor emana da Constituição Federal e caracteriza-se como direito fundamental. A elevação do consumidor como sujeito de direito legalmente protegido decorre da aplicação do princípio da igualdade que permite a discriminação desde que respeitados seus contornos. Apesar da concretização legal, a dificuldade de concretização da igualdade encontra obstáculos na questão da efetividade dos direitos fundamentais. Daí a necessidade da releitura do princípio da igualdade em harmonia com o princípio da solidariedade.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Consumidor. Hipossuficiente. Princípio da Igualdade. Princípio da Solidariedade. Direitos Fundamentais.

Abstract: Consumer protection emanates from the Federal Constitution and is characterized as a fundamental right. The consumer's elevation as a person legally protected originates from the enforcement of the Principle of Equality which permits distinction among individuals, since respected its extent. Although the Principle of Equality is predicted by law, its solidification finds obstacles when related to the effectiveness of Fundamental Rights. Hence, the need of a better understanding of this principle in harmony with the Principle of Solidarity so we could reach a democratic state.

Keywords: Consumer's rights. Consumer. Financially disadvantage. Principle of Equality. Principle of Solidarity. Fundamental rights.

1 Considerações iniciais

A proteção que o ordenamento infraconstitucional garante ao consumidor tem origem constitucional e se reveste da qualidade de direito fundamental. Sendo assim, a ordem consumerista tem *status* de cláusula pétreia e todas as pessoas quando consumidoras recebem esse amparo.

Outra proteção trazida pela Constituição Federal é a previsão da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. Nesse contexto, essa proteção se dá em face das regras de mercado que prevalecem em uma sociedade massificada, globalizada e informatizada.

Esse novo modelo de sociedade pede uma nova interpretação do direito do consumidor como veículo legal apto para a proteção do consumidor que teve seus hábitos radicalmente modificados.

Tem-se, então, que o Direito do Consumidor, abordado sob um viés de direito privado solidário, preocupado com as diferenças entre as pessoas na comunidade, procura materializar no tratamento dado aos hipossuficientes o reconhecimento do direito fundamental à igualdade nas relações de consumo. Essa busca só será realmente possível de se efetivar com a releitura do princípio da solidariedade para assegurar a mudança de paradigma na universalização de direitos.

Sob essa perspectiva é que se pretende discutir de que maneira o direito do consumidor pode concretizar sua proteção através da interpretação do princípio da solidariedade, com o objetivo de assegurar a igualdade material. É a proposta deste trabalho, com a finalidade de contribuir modestamente para o estudo do tema.

2 Direito do Consumidor

2.1 Consumidor

O direito do consumidor no Brasil, a exemplo do direito comparado, nasce da complexidade das relações de mercado.

As leis de mercado, que regem as relações econômicas, perdem de vista a dimensão do ser humano e o engloba na sua dinâmica. Ou seja, equipara as pessoas às regras mercadológicas para encontrar equilíbrio econômico.

Com o objetivo de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, surgiu este sujeito de direitos – consumidor – que, hoje, em nosso país, tem sua proteção garantida constitucionalmente.

O Direito do Consumidor tem suas origens definidas na Constituição Federal de 1988. Especificamente, tal proteção está prevista no artigo 5º e carrega em si a proteção de cláusula pétrea.

O inciso XXXII do citado artigo 5º da Constituição Federal, o artigo 170 e o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias trazem, respectivamente, o direito fundamental a uma proteção efetiva do consumidor, o princípio da defesa do consumidor na ordem econômica e o comando para a elaboração de um código que concretizasse os mandamentos constitucionais.

Mas somente em 1990 o legislador infraconstitucional materializa a ordem da Carta Maior, estabelecendo uma legislação infraconstitucional voltada à concretização desse direito.

A marca distintiva do consumidor é sua patente vulnerabilidade quando inserido na relação de consumo. Essa característica decorre do texto da lei que não deixa dúvidas quanto à necessidade de observância de várias medidas protetivas em face deste sujeito de direitos.

Considera a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que caracteriza a relação de consumo, se estabelece uma relação de desigualdade, ou seja, de um lado o fornecedor – detentor da técnica, do capital, dos meios de produção – e de outro o consumidor – sujeito vulnerável.

O consumidor, independentemente de suas qualidades pessoais (escolaridade, sexo, nível social, idade, etc.), sempre estará protegido pelo ordenamento jurídico,

porque a vulnerabilidade como princípio do sistema consumerista marca o desequilíbrio da relação de consumo.

Dessa forma, percebe-se que a proteção do consumidor decorre de sua natureza de direito fundamental.

2.1.1 Teorias maximalista, finalista e do finalismo aprofundado

O Código de Defesa do Consumidor veio disciplinando a matéria e trouxe como conceito de consumidor aquele que adquire produtos ou serviços como destinatário final. Trouxe, também, como conceito, a possibilidade de equiparação à condição de consumidor e, também, a consideração da coletividade como sujeito na relação de consumo. Nessa última situação, percebe-se claramente a preocupação com as relações consumeristas, notadamente pela abrangência do conceito que permite uma atuação ampla pelos legitimados na defesa dos interesses coletivos deste sujeito específico de direitos.

Vê-se, então, pela leitura do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, que a única característica que restringe o conceito de consumidor está na expressão “destinatário final”.

Num primeiro momento, duas teorias surgiram para explicar o alcance e conceito de consumidor.

A primeira delas, denominada teoria maximalista ou objetiva, interpreta a expressão destinatário final de forma ampla, ou seja, é consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que retire o bem do mercado e o utilize terminando, assim, a relação de consumo. Os que defendem essa teoria sustentam que o CDC é diploma legal que tutela a sociedade de consumo e deve ser aplicado o mais extensamente possível.

Já a segunda, teoria finalista, defende um conceito mais restrito de consumidor, pois o objetivo do código é tutelar o sujeito vulnerável. Nesse sentido, é necessário que o consumidor não apenas retire o bem do mercado de consumo, mas que o utilize. Isso significa que ele, consumidor, não irá revender ou transformar o bem que adquiriu, ao contrário, irá consumi-lo.

Hoje, de forma majoritária, o Superior Tribunal de Justiça entende que o conceito de consumidor deve ser entendido e aplicado sob o viés da teoria finalista, pois permite uma melhor aplicação da noção de vulnerabilidade.

Considerando esta evolução na aplicação do conceito de consumidor, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo, em sua jurisprudência, um desdobramento da teoria finalista, identificada como finalismo aprofundado, em que se analisa a vulnerabilidade sob o aspecto fático, jurídico, técnico e informacional, pois, em sede de defesa do consumidor, o conceito chave é a vulnerabilidade.

Sob essa nova perspectiva, o que se ressalta é a análise do grau da vulnerabilidade do consumidor, sendo possível reconhecer o agravamento dessa característica, que é o que se passa a discorrer a seguir.

2.2 Consumidor hipossuficiente

Conforme afirmado anteriormente, a vulnerabilidade integra o conceito de consumidor. Isso significa que, configurada a relação de consumo, o lado “frágil” da relação será o consumidor, ou seja, o ordenamento jurídico, se afrontado, responde com regras que *a priori* defenderão o consumidor.

Mas existem grupos de consumidores que, por suas qualidades particulares, demandam uma maior proteção legal. Esses são os chamados consumidores hipossuficientes. Podem-se citar, como exemplo, os desfavorecidos economicamente, os idosos, as crianças, os jovens, os portadores de necessidades especiais, os doentes, entre outros.

Consumidor hipossuficiente é aquele que apresenta uma vulnerabilidade tão aguda que não tem condições de defesa nas relações de consumo. Ou seja, a vulnerabilidade verificada no caso concreto é alinhada à vulnerabilidade de fato, que é justamente a hipossuficiência, sendo essa manifestada no campo processual.

É interessante notar que dentro desse grupo protegido legalmente – consumidores – a doutrina elenca certas categorias específicas de consumidores que apresentam características próprias.

Esses grupos específicos são denominados hipossuficientes e podem ser identificados como aqueles consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo (BENJAMIN, 2012, p.272-273).

Tal característica deriva de condição peculiar da pessoa envolvida, pois o objetivo é proteger direitos fundamentais, à luz do princípio da igualdade. Dessa forma, o legislador edita microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência.

Por exemplo, uma criança quando atingida por uma publicidade enganosa não possui a mesma condição de se defender intelectualmente e emocionalmente do que um adulto. Esse é o sentido do conceito e da proteção específica aos sujeitos hipossuficientes. No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão causa dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral (REsp. 1061500-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j.04.11.2008)

Assim, o microssistema estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor traz na sua essência uma visão diferenciada entre as partes contratantes, privilegiando o consumidor que, como já ressaltado, pode se revestir de características próprias, se tornando hipossuficiente.

A motivação de proteger os hipossuficientes nasce da dinâmica do mercado de consumo que é regido por leis da economia. O mercado não pode ser totalmente livre. Ele deve ser influenciado por valores que assegurem que um dos contratantes, no caso os consumidores, não sejam esmagados por outro, no caso os fornecedores.

Daí a necessidade da legislação ser interpretada com base nos direitos de primeira e segunda dimensão, considerando a igualdade material sob uma perspectiva atualizada da solidariedade que é expoente dos direitos de terceira dimensão.

2.3 Mercado de consumo

Sem adentrar especificamente nos fatos históricos, pode-se afirmar que o mercado de consumo veio se firmando a partir das três revoluções industriais. Grandes descobertas e avanços na área tecnológica aliados à produção em massa de inúmeros tipos de produtos levaram à explosão de uma nova realidade.

Essa nova realidade basicamente se caracteriza pela necessidade do ter, priorizando a transitoriedade, novidade e inutilidade – questões marcantes do consumismo – em contraponto com a durabilidade, permanência e utilidade, características até então sustentadas, anteriormente, pelos detentores da força industrial.

Atualmente, a massificação da produção e distribuição dos bens do mercado de consumo influenciam as regras da economia e são causas que pedem a intervenção do ordenamento jurídico para proteger o consumidor.

A venda em larga escala, como o objetivo a ser perseguido pelo mercado, gerada pela globalização, fez surgir um movimento de revitalização dos direitos fundamentais em que se considera a existência de um novo direito privado pautado pela solidariedade.

3 Direitos Fundamentais

3.1 Teoria geral dos direitos fundamentais

A questão dos direitos fundamentais é amplamente difundida na doutrina. Historicamente, desde as primeiras cartas de direitos, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e das Declarações de Direitos do povo da Virgínia de 1776, o reconhecimento e a luta por sua implementação, até hoje, não perderam seu tom de atualidade, principalmente se considerarmos a exclusão social que marca a sociedade consumista e globalizada que cada vez mais se fortifica e se enraíza a frente.

No que se refere ao objeto deste estudo, é importante a consciência da incidência dos direitos fundamentais no contexto das relações de consumo, pois esses são além de dever do Estado, responsabilidade de toda a sociedade.

Os direitos fundamentais são construídos e conquistados de acordo com o desenvolvimento da história, sendo influenciados por fatores sociais, culturais e políticos que se alteram dependendo da época e local de sua manifestação.

Nesse sentido, Sarlet ensina que quase não há Estados em que não se reconheça a existência dos direitos fundamentais, e assevera que os Estados Democráticos fatalmente os elencarão entre suas bases (2010, p. 45).

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve-se o reconhecimento de amplo leque de direitos fundamentais.

Sem adentrar de forma pormenorizada na questão da positivação desses direitos, é importante frisar que os direitos fundamentais comportam dimensões que foram se estabelecendo conforme o desenvolvimento da sociedade e sua complexização. Dessa forma, podem ser classificados em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão.

Os direitos de primeira dimensão, resumidamente, podem ser classificados como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, sendo apresentados como direitos de cunho “negativo” (SARLET, 2010, p.47).

São os direitos que expressam as liberdades clássicas do ser humano e se caracterizam por impedir que o Estado, em suas ações, prejudique o indivíduo.

Os direitos de segunda geração, associados à ideia de justiça social, estão intimamente ligados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 2010, p.564).

Esses direitos buscam demonstrar a injustiça social e visam assegurar os direitos àqueles que não os tem, visando diminuir a distância entre os detentores de direitos e aqueles em situação de exclusão.

Traduzem os direitos de terceira geração à proteção de grupos humanos, ou seja, sua característica predominante reside em sua titularidade coletiva ou difusa e são denominados de direitos de solidariedade ou fraternidade (SARLET, 2010, p. 48).

Nascem os direitos fundamentais de terceira geração, conforme ensinado por Paulo Bonavides, da consciência da divisão do mundo entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Continua o eminente mestre que a fraternidade representa esses direitos fundamentais, conforme Karel Vasak. Mas ressalta o fato da expressão escolhida para representar os direitos de terceira dimensão por Etirne – R Mbaya, ao invés de fraternidade, é solidariedade (2010, p. 569-570).

A importância das gerações ou dimensões dos direitos reside no fato de que, notadamente, os direitos de primeira e segunda geração estão sendo revitalizados, ou seja, revestidos de importância e atualidade (SARLET, 2010, p. 53).

E, dessa revitalização, ocasionada pela complexidade social, impulsiona uma maior relação entre a igualdade e a solidariedade.

3.2 Positivação dos direitos fundamentais: regras e princípios

Na esteira do pensamento de Robert Alexy, as normas constituem gênero da qual são espécies as regras e os princípios. Diferenciam-se pelo o grau de generalidade e por sua qualificação, entendida, essa última, como norma que busca o nível mais próximo possível de satisfação (BONAVIDES, 2010, p.271-272).

Assim, pode-se afirmar que, nas regras, o grau de generalidade é mais baixo que nos princípios, pois as primeiras se destinam à situações concretas enquanto esses últimos à situações abstratas.

No que se refere à qualificação, essa requer que o princípio, quando aplicado, possa gerar seu máximo efeito, ou seja, que atue como mandamento de otimização. Isso significa que sua aplicação será relativa, ou seja, busca a máxima satisfação possível na situação concreta.

A distinção entre princípios e regras pode ser analisada no plano dos conflitos. Quando há a colisão entre duas regras, tal conflito se resolverá conforme os critérios tradicionais de antinomias (hierarquia, cronológico e especialidade). Já a colisão entre princípios, não produzirá um efeito de exclusão, mas sim a verificação de qual prevalecerá no caso concreto, ou seja, haverá a aplicação do critério de ponderação (LORENZETTI, 2010, p.210).

3.3 Valor e princípio

Os princípios são aplicados, dessa forma, em sua máxima medida possível, pois sempre haverá um princípio a ele contraposto. Assim, o critério de ponderação será utilizado em casos de colisão entre princípios, e esse conflito não acontece no plano da validade, mas no plano do peso, isto é, do valor. A questão que se coloca é justamente a relação entre a teoria dos princípios e a teoria dos valores (BONAVIDES, 2010, p. 280).

A relação entre princípios e valores é muito estreita no sentido de que quando um princípio é gradualmente cumprido e aplicado, conseqüentemente o valor também é aplicado. Mas é possível apontar uma diferença entre eles. Reside tal diferença no caráter deontológico dos princípios, ou seja, o dever ser. Já os valores, consideram o que é melhor e aí mora o caráter axiológico dos valores (ALEXY, 2008, p.138-174).

Nesse sentido, tanto a distinção entre valores e princípios quanto sua relação são relevantes, porque, no ordenamento jurídico, os valores podem cumprir a função de serem conteúdos dos princípios. E a existência do pluralismo de valores que decorre hoje da sociedade multicultural e complexa dos dias atuais pede uma análise em que se reconheça a interconexão entre o que deve ser e o que é melhor.

4 Princípio Constitucional da Igualdade

O princípio da igualdade reconhecido expressamente pelo art. 5º da Constituição Federal traz em sua essência a garantia de não discriminação entre os iguais e a possibilidade de discriminação entre os desiguais. Tal conceito remonta a Aristóteles.

Assim, a igualdade determina que a lei trate a todos de maneira idêntica, observadas suas diferenças.

O problema que se coloca à sua aplicação é o justo estabelecimento da abrangência da discriminação, ou seja, é necessário que o critério de discriminação seja identificado e que esteja em conformidade com o objetivo perseguido pela norma.

É interessante notar que tal princípio se faz presente e se aplica em sede de direito do consumidor, exteriorizando seu viés discriminatório. Isso se dá em face do

consumidor vulnerável que nada mais é que o reconhecimento pela norma jurídica de um sujeito que deve ser protegido nas relações econômicas.

Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos (2003, p.12).

Assim, é possível a existência de normas que disponham tratamentos normativos diferenciados compatíveis com a Constituição, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (BANDEIRA DE MELLO *apud* MORAES, 2008, p. 37).

É importante notar que em face do princípio da dignidade da pessoa humana o princípio da igualdade ganhou novos contornos. Esse avanço jurídico decorre da unidade da interpretação constitucional que não pode se furtar ao entendimento que o Texto Maior é um conjunto de normas harmônicas e interconectadas entre si. É essa nova realidade que possibilita a ligação entre princípio da igualdade e princípio da solidariedade nas relações de consumo.

4.1 Igualdade formal e igualdade material

A igualdade entendida como direito de primeira dimensão liga-se ao conceito de liberdade, pois reflete a ideologia iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que marcou tais direitos. Reconhece-se, então, um conceito no plano político de igualdade formal em que esta é conceituada como aquela, em que todos são iguais perante a lei. Fica estabelecida, nesse período, a característica de direitos de cunho negativo, porque veda ao Estado limitar esses direitos ao particular.

A igualdade formal passa a ser, então, reconhecida nos ordenamentos jurídicos dos estados que se consideram democráticos. A Constituição Federal traz, expressamente, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, outorgando à igualdade *status* de norma jurídica constitucional.

Mas apenas essa previsão não seria suficiente para garantir que a igualdade fosse de fato efetivada, pois a desigualdade, principalmente a econômica, não pode ser superada pelo simples fato da lei ordenar que todos sejam iguais.

Surge, então, nova visão dos direitos exteriorizados na segunda dimensão, que procura, no que se refere à igualdade, atribuir-lhe um sentido que extrapole os limites formais e busque efetivamente a igualdade real, ou seja, a igualdade material que atribui ao Estado um papel ativo na realização desse princípio. Visa à igualdade material a efetiva realização da justiça social (SARLET, 2010, p.47).

4.2 Igualdade e pluralismo

As diferentes interpretações de sentido por qual passou e ainda passa o princípio da igualdade se devem ao fato da complexidade da vida social que gera, como uma de suas consequências, a pluralidade de grupos no meio social.

Nesse sentido, temos que o estabelecimento de regras uniformes destinadas a pessoas cada vez mais diferentes entre si torna-se um fator que modifica a aplicação do princípio da igualdade.

É necessário, nos dias atuais, entender e reconhecer a ampliação dos detentores dos direitos individuais, neles incluída a igualdade. Antes, predominava a restrição de renda, sexo e instrução, para que se pudessem deter direitos. Hoje, a titularização dos direitos se tornou universal, incluindo as mais diversas maneiras de se expressar, contrapondo-se à visão anteriormente marcada pela discriminação entre pessoas.

Nesse sentido, vale citar a decisão do Supremo Tribunal Federal, com destaque dos pontos inerentes ao presente estudo. A decisão trata da busca pela aplicação efetiva do princípio da igualdade, considerando justamente a diferença que existe entre as pessoas numa sociedade multicultural:

...existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7 ed., 2003. p. 428). Aqui se impõe uma postura de autocontenção do Judiciário (judicial self-restraint), na feliz expressão de Cass Sunstein (One Case At A Time. *Judicial Minimalism On The Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press. 1999), sob pena de indevida incursão na atividade legislativa. Nesse ponto, é essencial invocar as ponderações de Robert Alexy, quando enfrentou idêntico problema no ordenamento alemão: "Saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder. Para tanto são exigíveis outras considerações, também elas valorativas. E é exatamente a esse ponto que são direcionadas as críticas fundamentais acerca da vinculação do legislador ao enunciado geral da igualdade. Essas críticas sugerem que uma tal vinculação faria com que o Tribunal Constitucional Federal pudesse impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador, o que implicaria um 'deslocamento de competências sistemicamente inconstitucional em favor do Judiciário e às custas do legislador'. Essa objeção, que, no fundo, sugere que o Tribunal Constitucional Federal se transformaria em uma corte de justiça com competências ilimitadas que decidiria sobre questões de justiça, pode, no entanto, ser refutada. (...) Se há casos nos quais estejam presentes razões suficientes para a admissibilidade mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, então, há também casos nos quais o enunciado geral da igualdade não exige nem um tratamento igual, nem um tratamento desigual, mas permite tanto um quanto o outro. Isso significa que ao legislador é conferida uma discricionariedade. (...) Nesse sentido, não se pode argumentar que a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade faz com que ao Tribunal Constitucional Federal seja conferida uma competência para substituir livremente as valorações do legislador

pelas suas próprias. É possível apenas argumentar que o enunciado geral de liberdade confere ao tribunal determinadas competências para definir os limites das competências do legislador.” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411-413).(STF ADC 19/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9..2.2012).

4.3 Igualdade e solidariedade

A igualdade entendida como direito fundamental que atende a interesses de toda a coletividade, nesse sentido, passa a se relacionar intimamente com o princípio da solidariedade.

A solidariedade, marca dos direitos de terceira dimensão, traz um novo enfrentamento à questão da interpretação da igualdade, pois já não é suficiente apenas o reconhecimento da igualdade formal, nem uma atuação garantista do Estado para materialização da igualdade. Faz-se necessária uma atuação social fraterna entre os membros da coletividade, com o objetivo de assegurar a justiça.

Por isso, a importância desta revitalização dos direitos de primeira e segunda dimensão sob o impacto dos direitos de solidariedade decorrente da terceira dimensão de direitos.

5 Princípio Constitucional da Solidariedade

O reconhecimento do princípio da solidariedade, expresso no art. 3º, I da Constituição Federal, trouxe uma nova maneira para a interpretação do ordenamento jurídico. Isso decorre do fato que tal princípio é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

A solidariedade, então, surge como expressão de direito fundamental que visa concretizar ações que visem reduzir tais desigualdades. Essas ações, uma vez exteriorizadas, revestem-se de características solidárias.

Nessa esteira de pensamento, Daniel Sarmiento ensina sobre o princípio da solidariedade:

é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “*construir uma sociedade justa, livre e solidária*”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar da sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo como um todo (2010, p. 295).

A solidariedade constitui um dos valores mais caros no que se refere à conquista de direitos fundamentais, pois, conforme já afirmado anteriormente, tanto a liberdade quanto a igualdade só podem ser efetivadas sob uma nova ótica que, indiscutivelmente, deve perpassar por uma interpretação marcada por ideais solidários.

Mas antes é preciso romper com o entendimento ordinário que se tem sobre o conceito de solidariedade. Esse entendimento, que não é rejeitado, mas precisa ser complementado com sua roupagem de norma fundamental constitucional, decorre da prática social e coletiva da sociedade que entende a solidariedade apenas sob seu aspecto beneficente.

A nova ordem constitucional não admite mais a limitação de interpretação na aplicação do princípio da solidariedade, sendo necessário que se atente para as novas exigências sociais. Ou seja, a solidariedade não conflita com a liberdade ou com a igualdade, mas rearticula esses valores fundamentais sobre bases mais humanas e menos abstratas, trazendo novos contornos a sua aplicação (SARMENTO, 2010, p.35).

Assim, é importante destacar que não cabe à lei obrigar que as pessoas sejam solidárias, pois isso seria um disparate. Mas quanto ao aspecto jurídico da solidariedade, é plenamente possível que a lei determine condutas a serem seguidas, como a proteção extra dada ao consumidor hipossuficiente no regramento do Código de Defesa do Consumidor.

5.1 O Princípio da Solidariedade aplicado às relações de consumo

Caracteriza-se a relação de consumo como aquela em que há a presença de seus elementos quais sejam consumidor, fornecedor, produto ou serviço. Na ausência de qualquer deles, a relação não se concretiza.

A relação de consumo, *prima facie*, é uma relação privada em que a lei, para proteger um sujeito de direito específico, caracterizou as normas consumeristas como normas de ordem pública, sujeitando os envolvidos à sua necessária observância.

Dessa forma, nota-se a interferência estatal, manifestada através da lei, num espaço antes reservado, apenas aos indivíduos. Ou seja, limita-se a autonomia privada, nesse caso empresarial, com o objetivo de se alcançar uma sociedade mais solidária.

Conforme Sarmento, tais limitações devem ser concretizadas apenas se forem medidas razoáveis e os contornos e limites devem ser cuidadosamente estabelecidos, para que não haja comprometimentos da liberdade dos agentes privados, pois são calcados na dignidade da pessoa humana e na democracia (2010, p.297).

Tal entendimento também é partilhado por Moraes, quando assevera que a questão não é resolvida priorizando apenas a solidariedade em detrimento da liberdade individual, ao contrário, o que se busca atingir é a ponderação entre os dois valores.

Cabe, ainda, na mesma esteira de pensamento, ressaltar a lição de Benjamin et al, que afirma que a solidariedade, com o objetivo de alcançar a igualdade como ideal do justo, deve ser aplicada ao mercado com o objetivo de assegurar direitos imperativos – indisponíveis por vontade das partes, direitos de ordem pública – aos mais fracos (2012, p. 40).

5.2 Direito do Consumidor como direito privado solidário

A expressão “direito privado solidário” surge na doutrina alemã e significa que o direito privado deve ser entendido e interpretado sob as orientações estabelecidas

pela Constituição Federal. Isso significa que o direito privado, antes marcado pelo total arbítrio das partes, hoje, deve ser temperado pelas regras constitucionais impostas.

As regras civis sempre tiveram grande prestígio social, pois são um direito muito mais antigo que o constitucional. Ou seja, a Constituição antes era lida conforme os ditames do Direito Civil, hoje as regras de direito privado devem ser interpretadas de acordo com o estabelecido constitucionalmente (LÔBO, 1999, p.7).

A conquista e evolução dos direitos fundamentais são os principais fatores que começam a modificar o panorama da hegemonia do Direito Civil. Num primeiro momento, ficou garantida a liberdade e igualdade dos indivíduos perante a lei sob seu viés formal. Não sendo suficiente tal caracterização para solucionar as graves diferenças ocasionadas por essa interpretação, passa-se a um segundo momento, em que se procura realmente efetivar essa liberdade e igualdade, ou seja, busca-se um novo entendimento com vistas a se alcançar justiça social.

Nesse sentido, o Direito do Consumidor foi eleito à categoria de direito fundamental, com o objetivo de assegurar aos indivíduos uma verdadeira igualdade. Como já afirmado anteriormente, o reconhecimento constitucional do direito do consumidor é dado por normas constitucionais que retiraram a regulamentação da matéria do espaço civil para um ramo autônomo, com o objetivo de facilitar sua aplicação e reconhecer sua natureza solidária.

Por isso, a interpretação do direito do consumidor, sempre realizada a partir da leitura da Constituição, não poder ser realizada sem a conjunção dos princípios e valores constitucionais que norteiam o Estado brasileiro.

Mesmo que a expressão Direito Privado Solidário seja utópica, em face da realidade social vivida no Brasil, ela já traz em sua essência a pretensão de modificar a aplicação das normas sobre a matéria, pois “simboliza uma perspectiva mais solidária, social e fraterna do direito privado nacional” (BENJAMIN, 2012, p. 36).

5.3 Solidariedade, igualdade e consumidor hipossuficiente

Por todo exposto até o momento, a relação entre igualdade, solidariedade e consumidor decorre da lógica constitucional e da relação entre os conceitos dos institutos anteriormente apresentados.

O consumidor hipossuficiente é a categoria que precisa da mais proteção na ordem consumerista, em vista de suas peculiaridades. O ordenamento jurídico é harmônico com essa ideia quando prevê expressamente sua existência e proteção. A doutrina também perfilha a mesma ideia quando estuda, interpreta e admite que a igualdade é princípio que só se concretiza quando aplicado materialmente.

Por isso, à lei é lícito discriminar. A efetivação da igualdade no Código de Defesa do Consumidor é exemplo claro da aplicação da discriminação como elemento assegurador da igualdade material. Não seria possível, notadamente em face das regras de mercado, garantir a proteção do consumidor como direito fundamental se não fosse aplicado um fator de discriminação para possibilitar a um sujeito de direitos específicos o exercício desse mesmo direito.

O consumidor hipossuficiente depende desta leitura sistemática entre igualdade e solidariedade para concretizar seu lugar no ordenamento jurídico. Nem mesmo a

garantia conferida ao consumidor (legalmente vulnerável) seria suficiente para protegê-lo se não houvesse esta consciência de aplicação dos valores maiores da igualdade e solidariedade.

A solidariedade, nesse sentido, é entendida como o princípio fundamental que carrega em si o valor de estar centrada no meio, ou seja, situa-se entre o egoísmo e o altruísmo, com o interesse voltado para a sociedade (HÖFFE *apud* MARQUES, 2012, p. 34).

Nada mais justo do que garantir a quem mais precisa uma ordenação legal que vincula Estado e particular, com o objetivo de se alcançar a concretização da igualdade material. A solidariedade deixa de ser apenas norma de observância beneficente e passa a ser visualizada como norma obrigatória de conduta, pois constitui um dos objetivos fundamentais da República brasileira.

Esse reconhecimento não implica o fim das atividades do mercado nem a imposição de obrigações aos particulares como substitutos à atuação estatal. Ao contrário, reforça o sentimento de vida coletiva que a modernidade nos legou. A complexidade e pluralidade nos torna, juntamente com o Estado, responsáveis pela construção de uma sociedade solidária. E é, nesse contexto, que cabe a atuação positiva do Estado – como Estado solidário – e a atuação positiva do particular em conformidade com o mandamento do Princípio da solidariedade.

Moraes, nesse sentido, ensina que

não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se o sentisse. Um único exemplo será o bastante para demonstrar que não há dificuldades sem se exigir, não apenas do Poder Público, mas também dos particulares, o dever de respeito e solidariedade para com os outros. O patrão que dava ao seu empregado favorito, além do salário, uma quantia a mais às vésperas das festas natalinas foi, durante, algum tempo, julgado bondoso, generoso, solidário. O legislador, entendendo que não devia ir contra este comportamento voluntário, e que devia estendê-lo a todos os empregados, estabeleceu a ‘obrigação de ser solidário’ aos empregadores, por ocasião do natal, determinando o pagamento do 13º salário (2003, p.69).

O Código de Defesa do Consumidor é, então, motivado pelos ideais de igualdade e solidariedade que têm como figura central o consumidor, aquele sujeito de direito fundamental constitucional assegurado pelo art. 5º inciso XXXII da Constituição Federal, que tem sua lógica solidária confirmada quando o consumidor hipossuficiente é protegido não apenas legalmente, mas, também, solidariamente. Nesse aspecto, é que se pode falar em especialização do princípio do fundamental da solidariedade.

A solidariedade, entendida como princípio fundamental, é concretização da ideia de que na sociedade pluralística em que se vive só será possível efetivar a harmonia social se sua concretização for observada para a realização da igualdade material.

A solidariedade funciona como princípio limitador da autonomia individual, pois se volta exclusivamente para a vida em comunidade. Mas isso não significa que a autonomia privada é desprezada pelo ordenamento jurídico, ao contrário, ainda

continua sendo a força propulsora da realização dos negócios jurídicos. O “querer” dos indivíduos constitui a base de nossas relações de direito privado.

O que se coloca é influência dos valores e princípios constitucionais decididos por esses mesmos sujeitos que movem as relações privadas. Principalmente, da aplicação da solidariedade como vetor constitucional capaz de elevar a igualdade de sua condição formal para sua condição material.

6 Conclusão

Quando se fala em direitos fundamentais, qualquer que seja sua essência, é difícil encontrar um caminho que se considere que uma solução final foi encontrada pelo simples fato de que a sociedade é marcada pela existência de diversos grupos sociais e pela velocidade de mudança que esses mesmo grupos sofrem. Assim, o conteúdo dos direitos fundamentais vai se atualizando para atender a diversidade social.

É nesse sentido que se discutiu a aplicação da solidariedade e da igualdade ao reconhecimento de direitos ao consumidor hipossuficiente. A figura do consumidor é uma figura nova no ordenamento jurídico brasileiro. Sua posição de sujeito vulnerável em relação ao fornecedor decorre justamente da aplicação do princípio da igualdade, entendida como direito fundamental e aplicada como manifestação de seu viés material, o que é imprescindível na sociedade atual.

Mas apenas a atuação estatal, elevando o consumidor à qualidade de sujeito vulnerável e possibilitando sua proteção no âmbito das relações privadas, não alcança os objetivos de uma sociedade pautada por valores sociais e pluralísticos. Conforme demonstrado nas reflexões apresentadas, a igualdade material, para se concretizar efetivamente, deverá ser lida e interpretada por meio da solidariedade.

O entendimento do princípio da solidariedade como orientação benéfica, nesse sentido, deve ser superado e visto como ditame constitucional, como preceito de realização de justiça social.

A essência da solidariedade entendida dessa forma possibilita a existência de um direito privado solidário que encaminha a harmonização de toda a ordem do consumo e que tem por fim maior a eficácia dos direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. atual. 11 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Lei nº8078, de 11 de setembro de 1990. *Institui o Código de Defesa do Consumidor*. Diário Oficial, Brasília, DF, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

FINK, Daniel *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto507>. Acesso em 15 de abr. 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial*. 2 ed. rev. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodim de. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodim de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br./pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.